



## Papeles el tiempo de los derechos

### **“El Derecho a la salud: Concepto y Fundamento”**

Carlos Lema Añón

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: derecho a la protección de la salud; teorías de la justicia; necesidades básicas; concepto y fundamento de los derechos humanos.

Número: 12

Año: 2010

# **El Derecho a la salud: Concepto y Fundamento\*.**

**Carlos Lema Añón**

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas  
Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho  
Universidad Carlos III de Madrid  
carlos.lemma@uc3m.es

Vamos a defender que el *derecho a la protección de la salud*, frente a propuestas negadoras, tiene sentido conceptualmente y está justificado. Y es que aunque distintas constituciones (como la propia Constitución española) y tratados internacionales sobre derechos humanos incluyen la proclamación de un derecho a la protección de la salud, no resulta descabellado plantear los problemas vinculados a su fundamentación y garantías en la medida en que se ha considerado un derecho que resulta problemático, sobre todo por lo que respecta a su dimensión prestacional. Se articulará la discusión en torno a una introducción histórico-conceptual del derecho a la protección de la salud, para centrarse esencialmente en una reflexión sobre su fundamento. Para ello se considera el tratamiento que ha merecido esta cuestión en algunas de las principales teorías de la justicia contemporáneas, desde aquellas que efectivamente ven problemas para su justificación, hasta las que encuentran motivos muy centrales por los que un derecho a la protección de la salud debería ser una pieza muy destacada de una propuesta de justicia social.

## **I. HISTORIA Y CONCEPTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.**

La afirmación de un derecho a la protección de la salud en las constituciones y los instrumentos internacionales de derechos humanos se produce en fechas relativamente tardías. En el modelo de protección de la salud del Estado liberal europeo decimonónico, el Estado se desentendía de la protección de la salud de los individuos y únicamente se ocupaba globalmente de la salud pública (saneamiento, epidemias, etc.). Las personas accedían a las atenciones médicas según su capacidad para pagarlas, lo que suponía la virtual exclusión de la mayoría de la población de los cuidados médicos o de una atención mínima. Las únicas medidas de protección general pasaban por medidas de “beneficencia”, bien por parte del Estado o bien privadas.

Por contraste, uno de los aspectos destacados de las políticas del “Welfare State” ha sido la participación del Estado en la promoción y protección de la salud de la población, mediante la extensión de sistemas públicos de salud y mediante el progresivo reconocimiento y positivación de un derecho a la protección de la salud. El derecho a la protección de la salud –así como otra serie de derechos conexos- será recogido tanto en las constituciones como en distintas declaraciones de derechos. Del mismo modo, un sensible incremento el gasto público permitió una considerable expansión tanto de los beneficiados

---

\* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” (CSD2008-00007), y del proyecto DER2008-03941/JURI “Historia de los derechos fundamentales: Siglo XX” del Ministerio de Educación.

como de las prestaciones. Estos fenómenos expansivos sin duda tuvieron una traducción en una importante mejora de la salud de la población, si nos atenemos a los indicadores con los que habitualmente son realizadas las comparaciones. Pero además han supuesto un efecto redistributivo y equilibrador con respecto a la renta.

Se habla en general de “derecho a la protección de la salud”, pero la propia denominación de este derecho y, por consiguiente, su concepto, su significado, su alcance normativo, las técnicas jurídicas para su protección, distan de estar claros y de suscitar un mínimo consenso. Así, se ha podido hablar, como mínimo, de un “derecho a la salud”, de un “derecho a la asistencia sanitaria”, de un “derecho a la protección de la salud”, “derecho a gozar de un nivel adecuado de salud”, “alto nivel de protección de la salud humana” o incluso, paradójicamente de expresiones en apariencia tan contradictorias entre sí como el “derecho al máximo nivel posible de salud” o el “derecho a un mínimo decente de asistencia sanitaria”. Tomadas en su formulación estricta, cada una de ellas tendría un significado y un alcance muy diferente. Pero también es cierto que en las distintas declaraciones se podrían encontrar algunos elementos relevantes para su análisis: a) derecho a un nivel de vida adecuado que asegure salud y bienestar; b) derecho a la asistencia médica y servicios sociales necesarios; y c) derecho a seguro de enfermedad (para afrontar la enfermedad en la medida en que supone una pérdida de los medios de subsistencia –trabajo- por circunstancias independientes de la voluntad).

Quizá en lo primero que hay que reparar es si cabe hablar de “derecho a la protección de la salud” –o cualquiera de las otras alternativas- o de “derecho a la salud”. Aunque es habitual hablar de “derecho a la salud”, se ha criticado que, entendido estrictamente, no tendría sentido al venir a significar como mínimo un “derecho a no estar enfermo”, lo que está fuera de las posibilidades jurídicas. Es decir, este derecho no puede garantizar un resultado que está fuera del alcance humano, sino la utilización de ciertos medios para la protección de la salud.

En cualquier caso, la hipótesis que mantendremos sobre el concepto del derecho a la salud se expresa en los siguientes cuatro puntos. Todo ello tendrá consecuencias en –y se desarrollará en el tratamiento de- el fundamento, la estructura jurídica y la garantía de este derecho.

1º) Frente a las teorías negadoras de este derecho, es posible hablar de un derecho a la protección de la salud, con lo que se quiere decir que este derecho:

- (a) tiene sentido conceptualmente y
- (b) está justificado.

2º) El derecho a la protección de la salud es un derecho complejo en cuanto expresa una serie de elementos diferentes y conectados, entre los cuales están al menos:

- (a) el derecho a no ser dañados en nuestra salud por terceros, sean públicos o privados,
- (b) el derecho a que el Estado promueva una serie de medidas y políticas de protección y promoción de la salubridad pública, medio ambiente y seguridad que creen las condiciones para que la salud de los individuos no se vea amenazada y
- (c) el derecho a la asistencia sanitaria

3º) El derecho a la protección de la salud no se identifica meramente con un “derecho negativo” a que no sea dañada nuestra salud. Así pues, sería posible distinguir entre una vertiente negativa y una vertiente positiva del derecho a la protección de la salud.

4º) El derecho a la protección de la salud no se identifica con un derecho a la asistencia sanitaria, aunque éste sea una parte fundamental del mismo.

4.1. Las ventajas de identificar el derecho a la protección de la salud con el derecho a la asistencia sanitaria son de dos tipos, puesto que:

a) permite:

(a.1) definir claramente el alcance del derecho y

(a.2) hasta cierto punto, definir las medidas para su protección y

b) permite postular este derecho sin necesidad de optar por un concepto de “salud” que sería de difícil definición.

4.2. Estas aparentes ventajas quedan difuminadas puesto que:

a) si es cierto que mediante esta configuración se puede acotar el problema,

(a.1) no está claro que esto permita determinar el “mínimo protegido” por el derecho (al menos sin acudir a una definición de “salud”, que es otra de sus presuntas ventajas) al tiempo que,

(a.2) limitar el “derecho a la protección de la salud” a un “derecho a la asistencia sanitaria” no ofrece mejores posibilidades de garantía del derecho ya no en caso de incumplimiento individual, sino de abstención general de los poderes públicos, o lo que es lo mismo, queda en pie el problema de las garantías

b) es cierto que no tener que optar por establecer una definición de “salud” podría ser ventajoso habida cuenta de las dificultades que esto ofrece, sin embargo, no parece fácil –como se ha sugerido– que se pueda determinar un mínimo protegido sin apelar a algún concepto mínimo de salud, pues siendo cierto que algunas teorías de la justicia propuestas desde el liberalismo igualitario (J. Rawls) han optado por no elaborar una teoría de las “necesidades básicas” que señalen un nivel mínimo, para centrar la cuestión en los deseos y preferencias del agente con la intención de proteger su autonomía

(b.1) incluso en versiones de defensa de un derecho a la salud que se inspiran en Rawls, como la de N. Daniels, parece difícil prescindir de este concepto, al tiempo que

(b.2) desde otras propuestas provenientes del liberalismo igualitario, se ha impugnado esta vía (C. Nino, A. Sen), defendiendo la necesidad de utilizar ese concepto (o el de capacidades básicas en caso de Sen) como requisito precisamente para garantizar la autonomía.

4.3. Además, la propuesta de limitar el derecho a la protección de la salud a un derecho a la asistencia sanitaria tiene inconvenientes, puesto que hablar de “derecho a la asistencia sanitaria” como un derecho que agota el “derecho a la protección de la salud” propone implícitamente un concepto de salud (lo que nuevamente relativiza la presunta ventaja expresada en 4.1.b), un concepto de salud que además, sin más matices, podría ser:

- a) restrictivo, en la medida en que aproxima “salud” a “ausencia de enfermedad”, pues desconoce la conexión de la asistencia sanitaria con otro tipo de prestaciones (referidas, por ejemplo a enfermos crónicos),
- b) descontextualizado, porque identifica protección de la salud con asistencia sanitaria y con ello desconoce otros elementos fundamentales de las estrategias sanitarias, como es la salud preventiva o incluso la salud pública, y
- c) desconocedor de la conexión directa de la protección de la salud con otras instituciones y bienes que no se reducen al ámbito del sistema de asistencia sanitaria, como es el medio ambiente no (excesivamente) contaminado, calidad de la vivienda, etc.

## II. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: TEORÍAS DE LA JUSTICIA Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

Defender que es posible hablar –frente a teorías negadoras- de un derecho a la protección de la salud, quiere decir dos cosas: que tendría conceptualmente sentido hacerlo desde un punto de vista jurídico y en segundo lugar que estaría justificado hacerlo, atendiendo a consideraciones metajurídicas. De alguna forma, estos dos planos representan dos formas de responder a la pregunta de si existe un derecho a la protección de la salud. La pregunta, así formulada, parece un poco imprecisa y quizá poco relevante. Sin embargo, sí que tiene relevancia cuestionarse si tiene conceptualmente sentido hablar de un auténtico derecho a la protección de la salud (más allá del hecho de que distintas constituciones y declaraciones internacionales de derechos hablen del mismo) o, en otro plano, si hay una pretensión justificada que pueda dar lugar al establecimiento de un derecho.

### 1. Las negaciones de un derecho a la salud: la propuesta “libertaria”.

Una respuesta radical a estas cuestiones consiste en negar que el derecho a la protección de la salud esté justificado. Las posturas de este tipo suelen sostener bien alternativa, bien cumulativamente, dos tesis:

- a) que no es conveniente o no está justificado hablar de la salud en términos de derechos; y
- b) que en todo caso el derecho a la protección de la salud no se trataría de un derecho autónomo, sino que formaría parte de otros derechos pues consistiría únicamente en
  - b.1) un derecho a que nuestra salud no sea dañada por terceros (empezando por el Estado), por lo que no sería en ningún caso un derecho autónomo sino que formaría parte de o sería otra forma de hablar del derecho a la vida y a la integridad o
  - b.2) en un derecho a adquirir libremente asistencia sanitaria de terceros dentro de las leyes del mercado.

Sin duda, las propuestas más extremas en cuanto a la negación de un derecho a la protección de la salud han venido inspiradas en las propuestas “libertarias” de autores como Robert Nozick. Ésta es desde luego la perspectiva de un influyente autor como es

T. Engelhardt y que, como veremos, niega que se pueda hablar de un derecho a la protección de la salud.

Desde este punto de vista, pues, el derecho a la protección de la salud sólo podría entenderse en el sentido anteriormente visto en el punto b) en sus dos versiones: como un derecho a no ser dañado o como un derecho a adquirir servicios sanitarios. O, lo que es lo mismo, que no existe un derecho a la protección de la salud, sino los derechos de libertad y propiedad (incluyendo la propiedad sobre el propio cuerpo). Si el individuo es propietario soberano de su cuerpo, puede decidir cómo lo trata, qué parte de su renta está dispuesto a dedicar a su cuidado y, en otro sentido, qué servicios médicos está dispuesto a proporcionar a otros y a qué precio. Pero en cualquier caso, el Estado nada tiene que decir aquí, puesto que el ámbito de la justicia viene definido por los procesos de apropiación de las cosas y por la no violación de los derechos de libertad y propiedad y el hecho de que una persona caiga enferma es una incidencia ajena a esta cuestión que, por supuesto, no otorga ningún derecho de asistencia y mucho menos si ello implica la apropiación coactiva de recursos ajenos.

### *1.1. La salud como lotería natural: la propuesta de T. Engelhardt.*

T. Engelhardt ofrece una versión más sofisticada de este argumento. Para Engelhardt la propia idea de los derechos como reclamos frente a terceros se sitúa en el plano de la justicia. Suponer que existe un derecho a la protección de la salud, significa suponer que existe un imperativo de justicia relativo a la salud. Pero entonces, eso vendría a ser equivalente a suponer que la enfermedad es una injusticia, lo que niega tajantemente. Por el contrario, la salud o la enfermedad es una cuestión de azar o de suerte: será una cuestión de mala suerte, pero no de injusticia. Habría una lotería natural (así como una lotería social) pero no se puede decir que sus resultados sean un problema de justicia.

La crítica a la tesis de Engelhardt puede hacerse desde dos puntos de vista: a) cuestionando que la salud (o su ausencia) se pueda atribuir en realidad (siempre) a una lotería natural y b) cuestionando la relevancia de su delimitación del campo de la justicia, es decir, que incluso circunstancias debidas al azar no puedan tener relevancia en el discurso moral. Y es que con respecto a lo segundo, bien podría afirmarse que injusticia no es padecer una determinada enfermedad, sino padecer una enfermedad que con un reparto más igualitario de los recursos se habría podido evitar.

### *1.2. El deber de beneficencia: la propuesta de A. Buchanan.*

El deber de beneficencia es la alternativa que Allen Buchanan ofrece a una negación tan rotunda del derecho a la asistencia sanitaria. Buchanan también rechaza la existencia de un derecho a la asistencia sanitaria. Lo hace además con la idea de que si existiese o se reconociese un derecho a la asistencia sanitaria, éste sería virtualmente ilimitado. Ésta parece ser en el fondo la preocupación que late en su propuesta. Su propuesta no es estrictamente libertaria: aun compartiendo muchos de sus puntos de vista, su principal argumento estriba en las dificultades de las aproximaciones basadas en derechos. Sí coincide con Engelhardt, en cambio, en situar las pretensiones en materia de cuidado de la salud fuera del ámbito de la justicia (y fuera del ámbito de los derechos) y reconducirlas al ámbito no de un derecho a la protección de la salud, sino de un cierto deber de beneficencia que justificaría un mínimo grado de asistencia sanitaria, pero en ningún caso una pretensión moral o jurídica virtualmente ilimitada respecto a la asistencia sanitaria. El carácter voraz del derecho a la protección de la salud se trata de un argumento muy a tener en cuenta y sobre el que volveremos.

## 2. Utilitarismo y derecho a la protección de la salud.

En el ámbito que nos ocupa el utilitarismo ha sido una concepción sobre la equidad en la sanidad muy extendida entre los teóricos de la salud comprometidos con el Estado del bienestar. No obstante, aun siendo una teoría de la justicia en el ámbito social, es discutible que el utilitarismo pueda proporcionar una base para la fundamentación de los derechos y en nuestro caso del derecho a la protección de la salud. Pero, en cualquier caso, no sería tan importante aquí valorar la capacidad del utilitarismo para fundar derechos –que ni siquiera parece ser su pretensión– como evaluar sus méritos como teoría adecuada para proporcionar criterios de equidad en las políticas públicas de protección de la salud.

Para el utilitarismo, las políticas sanitarias más adecuadas serían las que lograsen maximizar la suma de los estados de salud de los individuos (que en este caso sería equivalente al bienestar o la utilidad). Comparar dos políticas sanitarias alternativas podría hacerse a partir de la comparación de sus respectivas consecuencias en cuanto al bienestar o utilidad (el nivel de salud) agregado, entendido como la suma de los estados de salud de los individuos relevantes. De este modo, un sistema sanitario justo sería aquel que consiguiese aumentar al máximo la salud agregada de todos los ciudadanos. Determinadas versiones del utilitarismo, utilizan una medida más subjetiva, basada en las preferencias de los individuos, para así escapar de los problemas que tendría la definición de una medida objetiva (en este caso “salud”).

En el primer caso, un criterio objetivista es el de la utilidad-salud, es el de los “Años de Vida Ajustados por la Calidad” (AVAC). Las versiones más subjetivistas optarían por mecanismos de mercado y de seguro para medir la satisfacción de las preferencias.

### 2.1. El cálculo de AVAC.

El criterio llamado “Año de Vida Ajustado por la Calidad de vida” (AVAC o QALY: *Quality-Adjusted Life Year*) consiste en asumir que la expectativa de un año de vida saludable tiene un valor 1, y que la expectativa de un año de salud deficiente vale menos de 1. Si el criterio utilitarista en materia de salud sería maximizar la suma de los estados de salud de los individuos, y si la salud se puede medir mediante los AVAC, entonces, el criterio utilitarista recomendaría la maximización de AVAC. Por consiguiente, una política justa sería la que maximizase los AVAC para el conjunto de la población relevante.

Aunque el AVAC tiene importantes ventajas de medición, ha sido objeto de importantes críticas, la mayoría de las cuales destacan que estos criterios generan resultados poco igualitarios y discriminadores con respecto ciertos grupos como los pacientes más graves, los pacientes pobres, los pacientes más viejos, etc.

### 2.2. La “presunción en favor del mercado”.

El punto de vista utilitarista, sobre todo en su versión más subjetivista, puede considerarse que tiene una presunción a favor del mercado, justificando en todo caso la imposición de un seguro obligatorio por parte del Estado en sólo ciertos supuestos: para establecer un seguro mínimo por criterios paternalistas justificables, y en la medida en que ello podría producir externalidades positivas.

### 3. ¿Un mercado sanitario?

Las posturas examinadas coinciden en otorgarle al mercado un enorme peso en la distribución de los recursos sanitarios. No obstante el cuestionamiento de que el simple y puro mercado pueda hacer una distribución de los recursos sanitarios eficiente y justa ha sido argumentado por parte de diferentes autores según razones de dos tipos: a) los que se centran en resaltar la ineficiencia del mercado sanitario (cuyas características intrínsecas lo alejarían del modelo de mercado competitivo) y b) los que se centran en resaltar las consecuencias desigualitarias del mismo. Aunque se trata de argumentos de diferente tipo, en este caso no son contradictorios. Según R. Dworkin habría al menos tres razones de este segundo tipo por las cuales estas políticas resultan inaceptables: a) La riqueza está tan injustamente distribuida que la mayoría de la gente sería incapaz de comprar un seguro de salud sustancial a precios de mercado; b) la mayoría de la gente tiene una información inadecuada con respecto a riesgos a la salud o sobre la tecnología médica; c) en un mercado sin regulación las compañías de seguros cargarían a algunas personas con tarifas elevadas debido los mayores riesgos en cuanto a su salud, por lo que las personas con un historial médico “inadecuado”, los miembros de grupos étnicos particularmente susceptibles de determinadas enfermedades, o los que viviesen en áreas expuestas a mayores riesgos de padecer accidentes, tendrían que pagar tarifas prohibitivas.

### 4. El derecho a la protección de la salud en el liberalismo igualitario.

#### 4.1. *Consideraciones generales.*

Se puede considerar que la concepción liberal-igualitarista de la justicia tuvo su moderna sistematización en la obra *A Theory of Justice* de John Rawls, publicada en 1971. No obstante, a efectos expositivos, tomaremos como referencia en primer lugar la propuesta de R. Dworkin, también situada en el marco del liberalismo igualitario y con importantes similitudes respecto a Rawls. La razón de ello es que Dworkin, al contrario que Rawls se ocupa específicamente de la cuestión de la protección de la salud y por eso nos permite plantearnos de forma más directa los problemas de la propuesta liberal igualitaria.

#### 4.2. *La propuesta de Dworkin: el principio del “prudent insurance”.*

La propuesta de Dworkin es interesante en la medida en que parece permitir dar respuesta a alguna de las objeciones planteadas por las propuestas utilitaristas y libertarias, pero sin ser vulnerable a algunas de las críticas a las que éstas son acreedoras. Con respecto a la propuesta utilitarista, Dworkin parece dar con la fórmula que permita un cálculo mínimamente objetivo, que tenga al mismo tiempo en cuenta las preferencias de los agentes, pero que en cambio no suponga un riesgo de desconocimiento grave de los derechos fundamentales. Por otra parte, la propuesta de Dworkin es menos la búsqueda de un fundamento para el derecho a la protección de la salud que la búsqueda de criterios de justicia que permitan distribuir equitativamente el gasto en salud y, sobre todo, establecer criterios para una racionalización del mismo que, a la vez, no supongan la vulneración de equidad pero que permitan ponerle límites.



Este es un punto importante, puesto que de tener éxito, permitiría salvar el conocido argumento manejado por los libertarios de que un supuesto derecho a la protección de la salud no conocería límites y sería un saco sin fondo, por lo que su reconocimiento resultaría problemático.

Dworkin parte en su argumentación por rechazar el ideal de justicia sanitaria que, a su modo de ver, ha venido operando durante milenios: el *principio del rescate*. El principio del rescate tendría dos partes conectadas: a) la vida y la salud son los principales bienes y todo lo demás es de menor importancia y debe ser sacrificado por ellos y b) el cuidado de la salud debe ser distribuido sobre la base de la igualdad, de modo que incluso en una sociedad en la que la riqueza esté desigualmente repartida, no se debería negar el cuidado a la salud que alguien necesite sólo por el hecho de ser tan pobre como para no poder permitírselo. Este principio, sostiene, aunque es intuitivamente atractivo (y ampliamente utilizado retóricamente), no deja de ser, en el mejor de los casos, un noble ideal imposible de llevar a la práctica e inútil para solucionar cuestiones prácticas.

Como alternativa a esta situación, propone el ideal del “*prudent insurance*”: aunque rechaza una solución basada en profundizar el mercado de la salud por considerarla que generaría consecuencias injustas, propone la utilización de un mercado hipotético de seguros médicos como instrumento de determinación de los principios de la justicia en este ámbito, un mercado en el que se podrían corregir las deficiencias de los mercados reales. Pero se trata de correcciones con respecto a las consecuencias de un mercado real que tienen un carácter *moral*: es decir, de lo que se trata aquí no es de corregir –aunque sea imaginariamente– los “fallos del mercado” con respecto al modelo de “competencia perfecta” descrito por los economistas, sino de corregir los motivos por los cuales el libre mercado, incluso si pudiese acercarse al modelo de competencia perfecta, tendría consecuencias injustas.

En realidad, lo que sugiere es un mecanismo de manifestación de preferencias que garantice que las mismas estén guiadas por criterios de imparcialidad y no por criterios estratégicos relativos a las circunstancias personales contingentes o a las posiciones de ventaja o desventaja que cada uno ocupe en ese mercado. De ahí, se trataría de imaginar qué clase de instituciones de cuidado de la salud se desarrollarían en una comunidad dadas tales condiciones. Estas instituciones serían justas en el sentido de que cualquier cantidad que esa comunidad gastase en total en el cuidado de la salud sería moralmente adecuado; y la distribución del cuidado de la salud en esa comunidad sería justa para esa sociedad. Ambas suposiciones estarían justificadas en la medida en que la distribución justa sería la resultante de la que gentes bien informadas se dieran a sí mismas a través de elecciones individuales, suponiendo que el sistema económico y la distribución de la riqueza fuera justa, lo que permitiría hacer esas elecciones. Así, Dworkin sugiere que en un principio las personas que tuviesen que “comprar” seguros tenderían a proveerse de la máxima protección posible y de todas las formas de tratamiento concebible en cualquier circunstancia, pero que después se darían cuenta de que el coste de un seguro tan ambicioso sería prohibitivo (y no les dejaría nada para otros fines), por lo que optarían por un *seguro más prudente*.

#### 4.3. Las objeciones al “*prudent insurance*”.

La propuesta de Dworkin ha suscitado algunas críticas que merecen ser examinadas. Así, A. Puyol ha cuestionado si el asociar la idea de derechos con la de responsabilidades individuales y con la de asunción de los costes de las elecciones propias –lo que en principio sería acertado– no lleva en ocasiones la idea de

responsabilidad individual demasiado lejos. Y esto al menos en dos líneas de argumentación: a) porque ignora el problema de la formación de las convicciones y b) porque el principio de “prudent insurance” tiene ciertas consecuencias discriminatorias.

Por lo que se refiere al primer punto, Puyol advierte que en la teoría de Dworkin se da la paradoja de que prescribe la igualdad en las circunstancias que la persona no controla y responsabiliza a los individuos de sus convicciones, pero ignora la desigualdad en las circunstancias que contribuyen a la formación de las convicciones. Respecto al segundo, si en general se asume –es un punto de partida de las propuestas liberales– que resulta justo responsabilizar a los individuos por acciones y decisiones de las que son responsables y es en general injusto hacerlo por circunstancias de las que no son responsables, no elegidas voluntariamente, entonces podría resultar discriminatorio con los más viejos o con las personas que padecen enfermedades minoritarias.

Una crítica más radical, sugerida por L. Jacobs, niega que el punto de vista de Dworkin sea capaz de proporcionar una justificación del acceso universal al cuidado de la salud. Esencialmente, el argumento de Jacobs consiste en lo siguiente: el igualitarismo de Dworkin al ser –según la propia expresión de Dworkin– “sensible a la ambición”, es decir, sensible a las diferentes ambiciones, objetivos y elecciones de los individuos, resulta incompatible con una política de acceso universal a la protección de la salud, en la medida en que obliga a optar por un sistema de protección de la salud basado en transferencias monetarias, y no a la provisión en especie que, siempre según Jacobs, sería el único mecanismo compatible con el acceso universal, dado que es la única forma de tratar a las personas como no competidoras entre sí con respecto al bien salud.

Pero, al margen de esta crítica radical, aún se puede hacer una tercera crítica al modelo de Dworkin que afecta a sus presupuestos. Por lo aquí visto, la propuesta del “seguro prudente” tiene numerosas virtudes, pues es capaz de ofrecer una justificación de un sistema de salud amplio pero a la vez dando respuesta a las objeciones libertarias sobre la voracidad del gasto sanitario y sobre la responsabilidad individual. Y aún se puede considerar otra virtud del modelo: permitiría también establecer criterios de justicia social en la protección de la salud incluso en un *contexto de injusticia social en la distribución de la riqueza*. Pero si es capaz de ello, cabe preguntarse ¿por qué la protección de la salud? ¿Qué tiene de especial la cuestión de la salud que merezca este tratamiento diferente? ¿Acaso es un resto del “principio de rescate” que Dworkin había sugerido abandonar por completo? Creo que la propuesta de Dworkin no acierta a responder a estas preguntas, a por qué la protección de la salud es tan singular que puede merecer una consideración separada, pues intenta evitar por todos los medios la definición de “necesidades sanitarias”.

## 5. La importancia de la salud.

Por lo que se ha visto, Dworkin parece desconfiar de la idea de “necesidades” al menos por dos motivos: a) la idea de necesidad viene exigida por el impulso igualitario del “principio del rescate” (el impulso igualitario debería distribuirse según las *necesidades*), pero precisamente este principio resulta inadecuado; b) en la definición de *necesidad* intervienen elementos subjetivos que la hacen poco manejable incluyendo valoraciones morales diferentes, por lo que una sociedad liberal no se debería comprometer con ninguna de estas valoraciones dando una respuesta de tipo perfeccionista.

En lo que respecta al primer punto, las reflexiones de Dworkin en torno a la inadecuación del “principio del rescate” parecen adecuadas, en la medida en que este principio no parece un medio razonable para dar solución a las preguntas que ha de afrontar. Pero, a mi juicio, la consecuencia de ello con respecto a la idea de las “necesidades” no es tanto que se deba abandonar esta vía, como que cualquier teoría de las “necesidades sanitarias” que se proponga deberá dar una solución razonable a esta cuestión.

Con respecto a la segunda cuestión, quizá esta objeción pueda valer por ejemplo para el problema del aborto, pero en la curación de determinadas enfermedades graves no parece que lo que estén en juego sean convicciones éticas inconmensurables. Sin embargo, sí que puede ser conveniente examinar con mayor detalle esta objeción y precisar si la definición de una teoría de las necesidades sanitarias exige comprometerse con una respuesta perfeccionista que ponga en peligro la autonomía moral de los sujetos o más bien el reconocimiento de ciertas necesidades básicas resulta un requisito de la misma. Este examen lo realizaremos en el punto siguiente.

Cabe en cambio preguntarse si es posible justificar un mínimo de protección a la salud exigible sin apelar –tal y como intenta Dworkin- a algún concepto de salud o a alguna teorización sobre “necesidades básicas en materia de salud”. O más bien las aproximaciones basadas en los seguros y el mercado, lejos de prescindir de una concepción de las necesidades sanitarias, lo que hacen es asumir una concepción implícita como ha sugerido críticamente N. Daniels.

### *5.1. Necesidades básicas y autonomía.*

C. Nino ha ofrecido una visión alternativa de la lectura sobre las necesidades que subyace a la visión expuesta anteriormente considerando, por el contrario, que el reconocimiento de las necesidades básicas tiene un papel relevante en el marco de una concepción liberal de la sociedad. A nuestros efectos, en el examen de la propuesta de Nino interesa menos la discusión sobre el concepto y los presupuestos del liberalismo, que examinar la plausibilidad de la segunda objeción al concepto de necesidades, aquella que dice que cualquier concepto de “necesidades básicas” incluye valoraciones morales diferentes y una determinada concepción de la naturaleza humana, con lo que un compromiso público con la idea de necesidades significaría una respuesta perfeccionista injustificada. Nino considera incluso que determinadas necesidades categóricas, es decir, aquellas que no dependen de los deseos o preferencias de los agentes, estarían justificadas en una concepción liberal en la medida en que sean prerequisites de la autonomía. La autonomía personal es el valor básico de la concepción liberal, pero hay que tener en cuenta que la autonomía tiene dos caras: su creación y su ejercicio. Y lo que defiende Nino es que la creación de tal autonomía – mediante la satisfacción de las necesidades básicas- tendría precedencia sobre las meras preferencias a la hora de la distribución de los recursos o capacidades.

Sea cual fuere el mérito y las implicaciones de la propuesta de Nino, de su argumentación se puede desprender a nuestros efectos que la idea de la satisfacción de las necesidades básicas no tiene por qué caer necesariamente en un perfeccionismo injustificado que defiende e imponga una concepción del particular del bien.

Con distintos acentos y matices, la idea de la vinculación entre la satisfacción de determinadas necesidades básicas y la creación de autonomía que expone Nino, ha sido desarrollada por otros autores al ocuparse, bien de la fundamentación y alcance del derecho a la protección de la salud, bien de la fundamentación de los derechos sociales de prestación o bien, con carácter más general, para construir una fundamentación

teórica plausible de los conceptos de justicia social e igualdad. En lo que sigue, examinaremos algunas propuestas que parecen asumir esta perspectiva

## 5.2. Necesidades básicas y derechos.

De lo anteriormente dicho se puede concluir que la acusación de que hablar de necesidades básicas y del imperativo de su satisfacción implica introducir valoraciones morales que supongan favorecer una concreta noción de bien y conducir a soluciones perfeccionistas, no es un argumento concluyente contra el uso de esta noción o contra el imperativo de su satisfacción. No obstante, la cuestión de las necesidades básicas plantea al menos dos tipos de problemas. En primer lugar, a) qué concepto de necesidades básicas adoptar y en este sentido, cómo identificar necesidades básicas y en segundo lugar b) cómo pasar de la constancia de la existencia de determinadas necesidades básicas a la fundamentación de determinados derechos, o lo que es lo mismo, cómo conectar –si es que resulta posible sin cometer una falacia naturalista- el ser y el deber ser.

Respecto al primero de los problemas, del examen de propuestas como las de M<sup>a</sup> J. Añón, R. Zimmerling o M. Nussbaum, parece poder desprenderse que la vía negativa, basada en considerar la carencia, parece ser la vía más promisoría para una cierta determinación del concepto de necesidades humanas. Con respecto al segundo, parece razonable afirmar que no existe ningún nexo lógico entre la existencia fáctica de una necesidad y el derecho a que esa necesidad sea satisfecha. Pero también cabría sostener que las necesidades, en cambio, sí que pueden constituir razones que expliquen o fundamenten su satisfacción y que estas razones, si bien no serían concluyentes, sí que serían cualitativamente distintas de las basadas no en necesidades sino, por ejemplo, en deseos o preferencias. En lo que se refiere a la capacidad para ofrecer una fundamentación de los derechos humanos desde las necesidades básicas, las necesidades podrían ofrecer argumentos para la fundamentación de los derechos, pero no servirían por sí solas para establecer directamente la existencia de derechos.

## 5.3. Derecho a la protección de la salud como derecho a la igualdad de oportunidades.

Una propuesta importante que necesariamente hay que tratar al hablar de la justificación del derecho a la protección de la salud y de la ubicación del cuidado de la salud dentro de una construcción normativa sobre la justicia es la que ha desarrollado en las últimas décadas Norman Daniels, en la línea de fundamentar el derecho a la protección de la salud en el *derecho a la igualdad de oportunidades* dentro de un esquema ampliamente inspirado en Rawls. No obstante, Daniels aspira a que su conclusión más general en este punto, esto es, la fundamentación teórica de un derecho a la protección de la salud, no dependa de la aceptación de la teoría de Rawls o incluso de sus principales aspectos. Por el contrario, sostiene que según su esquema, el derecho a la protección de la salud podría quedar justificado en el seno de cualquier teoría de la justicia que incluyese un principio de justa igualdad de oportunidades.

Por otra parte para justificar el derecho a la protección de la salud como un requisito de justicia que viene exigido además por los principios de justicia teorizados por Rawls, Daniels necesita separarse de éste, si no en el esquema general de la teoría, sí en aspectos importantes. Y es que en la teoría de la justicia de Rawls la cuestión de la salud es poco relevante. Ésta irrelevancia de la salud en la se manifiesta al menos en dos puntos: en primer lugar en la abstracción de las cuestiones relativas a la salud en al

posición originaria, y en segundo lugar en la irrelevancia de la salud como bien social básico a considerar.

El esfuerzo de Daniels por extender la teoría de Rawls a la justificación de un derecho a la protección de la salud, se puede entender como una tentativa de salvaguardar las virtudes de generalidad y abstracción del esquema rawlsiano, haciéndolo a la vez más sensible a la protección de los más desaventajados desde el punto de vista de los bienes naturales. Así, Daniels no se limita a hacer de la protección de la salud un imperativo de justicia –lo que es la finalidad de su adaptación de la teoría rawlsiana. Daniels considera que la estrategia adecuada para fundamentar un derecho a la protección de la salud en el esquema de Rawls no puede basarse en incrementar o ampliar el índice rawlsiano de bienes primarios de forma que incluya la atención y el cuidado de la salud, sino que considera que la estrategia más prometedora para extender la teoría de Rawls a la justificación de un derecho a la protección de la salud pasa más bien por incluir las instituciones relativas al cuidado de la salud entre las instituciones sociales encargadas de proporcionar una justa igualdad de oportunidades. El principal presupuesto para sostener esta tentativa, es afirmar que tanto la enfermedad como la discapacidad restringen la gama de oportunidades que de otro modo estarían abiertas al individuo.

No obstante, la contribución del cuidado de la salud a la protección de nuestra gama de oportunidades estaría limitada en dos sentidos: a) porque existen otros condicionantes que afectan profundamente a la igualdad de oportunidades, como son la renta, la riqueza y la educación; b) porque el cuidado de la salud, si se limita al objetivo de proteger el “funcionamiento normal” no modifica la distribución normal de talentos y habilidades, por lo que nos hace funcionar en todo caso como competidores “normales” y no como estrictamente iguales.

Además, lo que es importante a nuestros efectos, habla expresamente de necesidades en el cuidado de la salud, presupone un cierto concepto de salud y se esfuerza en fundamentar la importancia de la protección de la salud y del bien salud. Este asunto es relevante, porque en esta medida se separa no sólo de Rawls sino también de una perspectiva emparentada con ella como es la de Dworkin. El concepto de “funcionamiento normal” es el que permite considerar la protección de la salud como algo *especial* frente a otros condicionantes que admite que también afectan a la justa igualdad de oportunidades, tales como riqueza, renta y educación. Este parámetro de “funcionamiento normal” de los individuos “considerados como miembros de una especie natural” es lo que permite otorgar un carácter objetivo a las necesidades sanitarias y entenderlas como necesidades básicas que son objetivas (independientes de las preferencias de los sujetos).

En este punto cabe pensar que Daniels supera limpiamente las dos objeciones por las que Dworkin desconfiaba de cualquier teoría de las necesidades sanitarias: a) la posibilidad de que la idea de necesidades sanitarias se deslizase hacia un principio del rescate que se aparece como irrazonable por su incapacidad de justificar límites; y b) la posibilidad de que en la definición de las necesidades sanitarias se incluyan valoraciones morales subjetivas que presupongan una idea particular de lo bueno que generen respuestas públicas perfeccionistas.

#### *5.4. Libertad, Igualdad y capacidades básicas.*

La propuesta de Daniels no es la única vía posible para intentar inspirarse en Rawls en el intento de fundamentar un derecho a la protección de la salud. Una interesante propuesta que también tiene una cierta inspiración rawlsiana es la de G. Vidiella. En realidad, su propuesta se inspira no sólo en Rawls, sino que adopta ideas próximas a las de Sen o Nussbaum. Aunque en este punto importa más considerar las críticas que Vidiella hace a Daniels, porque llevan a aspectos muy centrales de esta discusión y ponen en cuestión lo que parecen ser las principales virtudes de la propuesta de Daniels.

Esencialmente, me interesa detenerme en dos críticas que Vidiella hace a la propuesta de Daniels: a) que al vincular el bien salud con el principio de justa igualdad de oportunidades concede al bien salud a la vez demasiada importancia y conduce a una visión reduccionista del mismo; y b) al vincular el derecho a la protección de la salud únicamente al principio de justa igualdad de oportunidades, no evita aludir a concepciones de lo bueno y la idea de “funcionamiento normal” toma partido por las concepciones de lo bueno que cada sociedad acepta como “razonables”. Así tomadas, parece que las objeciones de Vidiella se dirigen precisamente a las presuntas ventajas de una propuesta como la de Daniels con respecto a –por ejemplo- la de Dworkin, es decir, justificar la especial importancia de la salud con respecto a otros bienes y además no deslizarse hacia una concepción que privilegie de forma perfeccionista determinadas opciones morales o determinados planes de vida en detrimento de otros. Quizá no sean así del todo, pero las objeciones de Vidiella ayudan a precisar estas cuestiones.

En particular –y en esto creo que Vidiella tiene razón- critica la concepción de la salud como ausencia de enfermedad, que privilegia los componentes somáticos causales de la enfermedad (sería una concepción biologicista y unicausal de la enfermedad) y con ello suele priorizar la acción terapéutica sobre la preventiva. Pero si es así, la salud no podría aislarse de factores como la educación, el medio ambiente, las condiciones socioeconómicas y laborales, los hábitos de vida, la alimentación, etc., por lo que resultaría inadecuado privilegiarla frente a estos aspectos. Lo que no me parece tan claro es que Daniels desconozca en su propuesta estos elementos: Daniels asume la defensa de un concepto de salud y enfermedad que él considera “estrecho”. En este sentido, las necesidades relativas al cuidado de la salud se limitarían a aquellas cosas que se necesitan para mantener, restaurar o proporcionar equivalentes funcionales (cuando sea posible) del “funcionamiento normal de la especie”.

La segunda objeción que hace Vidiella es la que dice que al vincular el derecho a la protección de la salud únicamente al principio de justa igualdad de oportunidades, no evita aludir a concepciones de lo bueno y que la idea de “funcionamiento normal” toma partido por las concepciones de lo bueno que cada sociedad acepta como “razonables”. En efecto, el principio de igualdad de oportunidades para Rawls se reduce a la obtención de empleos y oficios. La “extensión” que hace Daniels se basa en parte en ampliar los conceptos de sociedad y de oportunidad: a la sociedad no la integrarían sólo los productores, y las oportunidades no se limitan a la obtención de cargos y oficios, sino de persecución de los “planes de vida”. Para Vidiella, esta propuesta no se separa del espíritu de la propuesta de Rawls (en la medida en que éste también enfatiza el papel de los bienes sociales primarios en la conquista efectiva de las concepciones particulares del bien); pero lo que hace es introducir serias complicaciones en la idea de la justa igualdad de oportunidades. El motivo es que si las necesidades de la salud son definidas y jerarquizadas en función de los planes de vida, habría que determinar cuáles son los planes de vida “razonables” abiertos en una sociedad, para poder utilizar el concepto de “funcionamiento normal”.

Para evitar esta dificultad, Vidiella propone hablar de desarrollo de “capacidades básicas” en lugar de la igualdad de oportunidades, con lo que se evitaría el problema de definir los planes de vida “razonables” aceptables. Así, en lugar de vincular el derecho a la salud con la justa igualdad de oportunidades, Vidiella preferiría vincularlo efectivamente en la justa igualdad de oportunidades para establecer su carácter igualitario, pero también en el principio de la diferencia (compensar las desventajas de los menos afortunados, en este caso los enfermos). Con ello se recogería una crítica que Sen ha dirigido a Rawls en el sentido de que la diversidad humana hace que las personas tengan necesidades muy distintas, que varían con el estado de salud, con la edad y longevidad, con las condiciones climáticas y geográficas, con el lugar de trabajo, el temperamento, etc. Así, los que padezcan algún tipo de incapacidad no podrán concretar sus proyectos incluso aunque posean el mismo índice de bienes primarios que otros que no están discapacitados. Por consiguiente el problema no será tanto la igualdad en el acceso a los bienes primarios (o a los recursos), sino que habrá que considerar también el provecho que los individuos obtienen en función de sus necesidades.

En una crítica a la propuesta de Sen, Daniels por su parte, objeta que al basarse en la “igualdad de capacidades básicas” lleva a que la exigencia de igualdad de oportunidades se extienda más allá de su propio concepto de “funcionamiento normal”. Con ello, según Daniels, el derecho a la protección de la salud se haría tan expansivo que haría inmanejable la administración de un sistema de protección de la salud, lo que es un argumento que ya hemos manejado.

No obstante la aparente distancia que provocan estas críticas, hay que notar que tanto Vidiella como Daniels están jugando con conceptos muy similares y moviéndose en el mismo terreno. La idea de una igual protección de las “capacidades básicas” de Vidiella (cercana en esto a A. Sen) y la protección del “funcionamiento normal” para la justa igualdad de oportunidades de Daniels en realidad no están tan separadas cuando se trata de proponer un modelo para la práctica, y muestran seguramente caminos muy fructíferos para esta discusión.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- LEMA AÑÓN, C., *Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Madrid, Dykinson, 2009.